



Sygn. akt II UK 379/09

**WYROK**  
**W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 13 maja 2010 r.

Sąd Najwyższy w składzie :

SSN Roman Kuczyński (przewodniczący)

SSN Bogusław Cudowski

SSN Romualda Spyt (sprawozdawca)

w sprawie z wniosku A.J. Sp. z o.o.  
przeciwko Zakładowi Ubezpieczeń Społecznych  
z udziałem zainteresowanego A. C.  
o ubezpieczenie społeczne,  
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy, Ubezpieczeń  
Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 13 maja 2010 r.,  
skargi kasacyjnej wnioskodawcy od wyroku Sądu Apelacyjnego [...] z dnia 25 czerwca 2009 r.,

**oddala skargę kasacyjną.**

**Uzasadnienie**

Sąd Okręgowy - Sąd Pracy i Ubezpieczeń Społecznych wyrokiem z dnia 16 lutego 2009 r. oddalił odwołanie wnioskodawcy A. J. spółki z ograniczoną odpowiedzialnością od decyzji Zakładu Ubezpieczeń Społecznych z dnia 9

października 2008 r. w przedmiocie niepodlegania zainteresowanego A. C. ubezpieczeniu społecznemu w Polsce.

Sąd pierwszej instancji ustalił, iż zainteresowany A. C. zatrudniony był u strony pozwanej na podstawie umowy o pracę na czas określony od dnia 3 września 2007 r. do dnia 10 listopada 2007 r. na stanowisku mechanika samochodów ciężarowych, a praca miała być wykonywana na rzecz i pod kierownictwem firmy francuskiej na terenie Francji.

A. J. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością prowadzi działalność gospodarczą w zakresie pośrednictwa pracy. Pracownicy są zatrudniani wyłącznie w celu „delegowania” ich do pracy we Francji. Żaden z pracowników, poza administracją, nie wykonywał pracy na terenie Polski. Zarząd spółki nie przebywa na terenie Polski, znajduje się tu jedynie administracja. Firma nie realizuje żadnych umów z klientami w Polsce i nie osiąga tu żadnych dochodów.

Sąd Okręgowy uznał, iż decyzja strony pozwanej jest prawidłowa. W uzasadnieniu orzeczenia wskazał, że w stosunku do pracowników wykonujących pracę poza Państwem Członkowskim swojego miejsca zamieszkania zastosowanie mają wprost przepisy Rozporządzenia Rady (EWG) nr 1408/71 z dnia 14 czerwca 1971 r. w sprawie stosowania systemów zabezpieczenia społecznego w stosunku do pracowników najemnych, osób prowadzących działalność na własny rachunek oraz ich rodzin przemieszczających się we Wspólnocie (Dz.U.UE.L. 71.149.2 – dalej nazywane rozporządzeniem nr 1408/71). Zgodnie z powołanym rozporządzeniem, pracownik przemieszczający się w obrębie Unii Europejskiej powinien podlegać tylko jednemu ustawodawstwu zabezpieczenia społecznego, z zastrzeżeniem wyraźnie przewidzianych wyjątków (art. 13 ust. 1). Jako ogólną regułę przyjęto zasadę terytorialności, która stanowi, że pracownik zatrudniony na terytorium jednego Państwa Członkowskiego podlega ustawodawstwu tego państwa, nawet jeżeli zamieszkuje na terytorium innego Państwa Członkowskiego lub jeżeli przedsiębiorstwo lub pracodawca, który go zatrudnia, ma swoją zarejestrowaną siedzibę lub miejsce prowadzenia działalności na terytorium innego Państwa Członkowskiego (art. 13 ust. 2). Celem maksymalnego wspierania swobodnego przepływu pracowników oraz umożliwienia uniknięcia komplikacji administracyjnych, ustanowiono pewne odstępstwa od tej ogólnej zasady. Wyjątek

przewiduje między innymi art. 14 ust. 1 lit. a dla tzw. pracowników oddelegowanych. Osoba zatrudniona na terytorium Państwa Członkowskiego przez przedsiębiorstwo, w którym jest zwykle zatrudniona i przez które została skierowana do wykonywania pracy na terenie innego Państwa Członkowskiego, podlega nadal ustawodawstwu pierwszego Państwa Członkowskiego, o ile przewidywany okres wykonywania tej pracy nie przekracza dwunastu miesięcy i o ile osoba ta nie została skierowana w miejsce innej osoby, której okres skierowania upłynął.

Oceniając czy zainteresowany został oddelegowany w celu wykonywania pracy na terytorium Francji w rozumieniu przepisu art. 14 ust. 1 lit. a rozporządzenia nr 1408/71, Sąd pierwszej instancji odwołał się przede wszystkim do decyzji Komisji Administracyjnej Wspólnoty Europejskiej do spraw Zabezpieczenia Społecznego Pracowników Migrujących z dnia 13 grudnia 2000 r. nr 181 w sprawie oddelegowania pracowników. Komisja Administracyjna stworzyła "Praktyczny przewodnik dotyczący oddelegowania pracowników w Państwach Członkowskich Unii Europejskiej, Europejskiego Obszaru Gospodarczego i Szwajcarii". Odnosząc się do orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości oraz interpretacji dokonanej przez Komisję Administracyjną, Sąd Okręgowy uznał, że okoliczność, iż odwołująca się Spółka jest agencją pracy "tymczasowej", nie przesądza o tym, że można automatycznie zastosować do niej przepis art. 14 ust. 1 lit. a rozporządzenia nr 1408/71.

Apelację od opisanego wyroku wniosła odwołująca się Spółka, zarzucając naruszenie art. 14 ust. 1 lit. a rozporządzenia nr 1408/71 - poprzez przyjęcie, że A. J. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością nie prowadziła działalności do terenie Polski i tym samym, że nie spełniła warunków delegowania pracowników, umożliwiających pozostawienie A. C. w polskim systemie ubezpieczeń. Zdaniem apelującej, w odniesieniu do zainteresowanego spełnione zostały przesłanki zastosowania względem niego wskazanego wyżej przepisu, albowiem, będąc zatrudniony przez Spółkę, został oddelegowany do pracy za granicą na okres nieprzekraczający dwunastu miesięcy, i nie w miejsce innej osoby, której okres oddelegowania upłynął. W ocenie apelującej, powoływanie się przez Sąd Okręgowy na kryteria zawarte w decyzji Komisji Administracyjnej do spraw Zabezpieczenia

Společnego z dnia 13 grudnia 2000 r. w sprawie interpretacji, między innymi, art. 14 ust. 1 i 2, art. 14a ust. 1 i art. 14b rozporządzenia nr 1408/71 jest powołaniem się na warunki sformułowane w sposób ogólnikowy i nieosty. Apelująca odwoływała się również do regulacji zawartej w ustawie z dnia 9 lipca 2003 r. o zatrudnieniu pracowników tymczasowych (Dz.U. Nr 166, poz. 1608 ze zm.), wskazując, że w świetle art. 7 ustawy jest pracodawcą w rozumieniu prawa pracy, a nie jest nim pracodawca użytkownik. Apelująca domagała się zmiany zaskarżonego wyroku poprzez "przywrócenie pracownika do ubezpieczeń społecznych (w Polsce) w okresach wskazanych w decyzji", ewentualnie jego uchylenia i przekazania sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

Sąd Apelacyjny - Sąd Pracy i Ubezpieczeń Społecznych wyrokiem z dnia 25 czerwca 2009 r. oddalił apelację.

W uzasadnieniu swego rozstrzygnięcia Sąd drugiej instancji wskazał, że zgodnie z art. 13 ust. 2a rozporządzenia nr 1408/71 zasadą jest, że pracownik najemny podlega ubezpieczeniu według przepisów tego Państwa Członkowskiego, na terytorium którego jest zatrudniony, nawet jeżeli zamieszkuje na terytorium innego Państwa Członkowskiego lub jeżeli przedsiębiorstwo lub pracodawca który go zatrudnia ma swoją zarejestrowaną siedzibę lub miejsce prowadzenia działalności na terytorium innego Państwa Członkowskiego. Od tej ogólnej reguły w przedmiocie określenia właściwego ustawodawstwa w przepisie art. 14 rozporządzenia nr 1408/71 przewidziano wyjątki. W sprawie decydującą jest regulacja art. 14 ust. 1 lit. a tego aktu. Z analizy tego przepisu jednoznacznie wynika, że warunkiem podlegania zainteresowanego ustawodawstwu polskiemu byłaby tylko taka sytuacja, gdyby jako pracownik „zwykle zatrudniony” przez przedsiębiorstwo, został przez pracodawcę skierowany do wykonywania pracy na terytorium innego Państwa Członkowskiego i to pod warunkiem, że przewidywany okres wykonywania tej pracy nie przekracza dwunastu miesięcy i że nie został skierowany w miejsce innej osoby, której okres skierowania upłynął.

Z tego powodu uznał Sąd, że tylko pracownik, który zatrudniony jest na terenie Państwa Członkowskiego w ramach trwającej umowy o pracę wykonywanej np. na terenie Polski i zawartej z danym pracodawcą, w razie czasowego delegowania do pracy na terytorium innego Państwa nadal podlega

ustawodawstwu tego pierwszego Państwa. Zainteresowany nie spełnia przymiotu osoby zwykle zatrudnionej u wnioskodawcy, bowiem nie wykonywał on pracy na terenie Polski i nie było zamiarem stron powierzenie mu realizacji obowiązków pracowniczych na terenie Polski. Strony zawarły jedynie w Polsce umowę o pracę, przedmiotem której była realizacja obowiązków pracowniczych za granicą. W tej sytuacji w stosunku do zainteresowanego nie ma możliwości uznania, że był pracownikiem oddelegowanym w rozumieniu analizowanego przepisu.

Sąd Apelacyjny wskazał także, że rodzaj podmiotu zatrudniającego i pozycja instytucjonalna wnioskodawcy w polskim systemie prawnym postrzegana przez pryzmat przepisów ustawy z dnia 9 lipca 2003 r. o zatrudnieniu pracowników tymczasowych nie zmienia powyższej oceny w zakresie określenia właściwego ustawodawstwa na gruncie ubezpieczeń społecznych.

Odwołująca się Spółka zaskarżyła ten wyrok skargą kasacyjną w całości, wnosząc o jego uchylenie oraz uchylenie poprzedzającego go wyroku Sądu Okręgowego z dnia 24 lutego 2009 r. i przekazanie sprawy temu Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania, ewentualnie o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uwzględnienie apelacji.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucono naruszenie art. 14 ust. 1 lit. a rozporządzenia nr 1408/71 - przez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu w rozpoznawanej sprawie, że A. J. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością nie prowadziła działalności na terenie Polski i tym samym, że nie spełniła warunków delegowania pracowników umożliwiających pozostawienie jej pracowników w polskim systemie ubezpieczeń społecznych.

W uzasadnieniu podstaw kasacyjnych skarżąca wskazała, że zarówno Sąd Okręgowy, jak i Sąd Apelacyjny, powołują się na przepisy decyzji Komisji Administracyjnej do spraw Zabezpieczenia Społecznego z dnia 13 grudnia 2000 r. w sprawie interpretacji, między innymi, art. 14 ust. 1 i 2 art. 14a ust. 1 i art. 14b rozporządzenia nr 1408/71 oraz na „Praktyczny przewodnik w dziedzinie oddelegowania do krajów Unii Europejskiej, EOG i Szwajcarii”. Tymczasem ta ostatnia publikacja nie jest aktem prawnym, stąd na jej podstawie nie można wywodzić żadnych praw ani obowiązków, nie ma ona bowiem charakteru wiążącego. Niedopuszczalne jest więc, w ocenie skarżącego, wyłączenie

pracowników z ubezpieczeń - a właściwie pozbawienie ich ubezpieczenia jako pracowników - na podstawie niewiążącej publikacji. Skarżący zarzucił również, że Sąd Apelacyjny, skupiając się na kryteriach wskazanych przez akt niższego rzędu (decyzja), nie wziął pod uwagę, że zgodnie z literą i duchem art. 14 ust. 1 lit. a rozporządzenia nr 1408/71 stan faktyczny niniejszej sprawy wskazuje na oddelegowanie pracowników. Błędnie również przyjęto w zaskarżonym wyroku, że zastosowanie powyższego przepisu wymagało, aby przedsiębiorstwo prowadziło znaczną część działalności na terenie państwa wysyłającego, tymczasem z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (powoływanego dalej jako ETS) wynika, że wystarczające kryterium stanowi prowadzenie działalności godnej odnotowania w kraju wysyłającym.

Ponadto skarżący zwrócił uwagę, iż Sądy obu instancji nie wzięły pod uwagę regulacji zawartej w obowiązującej w Polsce ustawie z dnia 9 lipca 2003 r. o zatrudnianiu pracowników tymczasowych. A. J. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością jest agencją pracy tymczasowej w rozumieniu tej ustawy. Zgodnie z jej art. 7 stawy agencja pracy tymczasowej zatrudnia pracowników tymczasowych na podstawie umowy o pracę na czas określony lub umowy o pracę na czas wykonania określonej pracy, co oznacza, że to Spółka jest pracodawcą w rozumieniu prawa pracy. Istotą agencji pracy tymczasowej jest zatrudnianie pracowników tymczasowych wyłącznie w celu wykonywania pracy tymczasowej na rzecz i pod kierownictwem tzw. pracodawcy użytkownika. Nie oznacza, to jednak, że tzw. pracodawca użytkownik jest pracodawcą w rozumieniu prawa pracy. Co więcej, agencja pracy tymczasowej, jako pracodawca, nie może, zgodnie z art. 7 ustawy, być pracodawcą użytkownikiem w stosunku do pracowników pozostających z nim w stosunku pracy. Powyższa regulacja oznacza, że agencja pracy tymczasowej, jaką jest A. J. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, nie mogła wykorzystywać zatrudnionych przez siebie pracowników tymczasowych, aby wykonywali pracę na jej rzecz.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Na wstępie wskazać należy, że stosownie do art. 398<sup>13</sup> § 1 i 2 k.p.c., Sąd Najwyższy rozpoznaje sprawę w granicach skargi kasacyjnej (jej podstaw) i jest związany ustaleniami faktycznymi stanowiącymi podstawę zaskarżonego

orzeczenia, jeżeli skarga nie zawiera zarzutu naruszenia przepisów postępowania - tak jak w rozpoznawanej sprawie. Z podstawy faktycznej zaskarżonego wyroku wynika, że pracownicy Spółki są zatrudniani wyłącznie w celu „delegowania” ich do pracy we Francji. Żaden z pracowników, poza administracją, nie wykonywał pracy na terenie Polski. Zarząd spółki nie przebywa na terenie Polski, znajduje się tu jedynie administracja. Firma nie realizuje żadnych umów z klientami w Polsce i nie osiąga tu żadnych dochodów.

W niniejszej sprawie zasadnicze znaczenie ma art. 14 ust. 1a rozporządzenia nr 1408/71. Zgodnie z powoływanym przepisem pracownik najemny zatrudniony na terytorium Państwa Członkowskiego przez przedsiębiorstwo, w którym jest zwykle zatrudniony i przez które został skierowany do wykonywania pracy na terytorium innego Państwa Członkowskiego, podlega nadal ustawodawstwu pierwszego Państwa Członkowskiego, pod warunkiem, że przewidywany okres wykonywania tej pracy nie przekracza dwunastu miesięcy i że nie został on skierowany w miejsce innej osoby, której okres skierowania upłynął. Przedmiotowa regulacja stanowi wyjątek od generalnej reguły wynikającej z art. 13 ust. 2 rozporządzenia nr 1408/71, zgodnie z którą pracownik najemny zatrudniony na terytorium jednego Państwa Członkowskiego podlega ustawodawstwu tego państwa, nawet jeżeli zamieszkuje na terytorium innego Państwa Członkowskiego lub jeżeli przedsiębiorstwo lub pracodawca, który go zatrudnia ma swoją zarejestrowaną siedzibę lub miejsce prowadzenia działalności na terytorium innego Państwa Członkowskiego (zasada *lex loci laboris*).

Z powołanych regulacji wynika, że warunki delegowania dotyczą przede wszystkim pracownika, od którego wymaga się, aby był on zwykle zatrudniony przez przedsiębiorstwo, które skierowało go do pracy na terytorium innego państwa członkowskiego. W orzecznictwie ETS przesłanki te zostały skonkretyzowane, a sam Trybunał, w kontekście podobnych spraw, odniósł się również do wymagań, jakie powinien spełniać pracodawca.

W sprawie Manpower (35/90, ECR 1970/1251) przesądzono o możliwości delegowania na podstawie art. 14 ust. 1a rozporządzenia 1408/71 pracowników agencji pracy tymczasowej. W ocenie ETS przyjęcie takiego rozwiązania uzasadnia usunięcie trudności, jakie związane są z krótkotrwałym przemieszczaniem się

pracowników delegowanych i zmianą systemu zabezpieczenia społecznego (w takim zakresie stanowisko skarżącego jest trafne). Jednakże w nawiązaniu do tej kwestii nie sposób nie zauważyć, że ze względu na różnice w systemach ubezpieczeń społecznych poszczególnych państw członkowskich (różnych obciążeniach składkowych oraz świadczeniach) powoływanie się wyłącznie na trudności z krótkotrwałym przemieszczaniem się mogłoby być nadużywane przez przedsiębiorstwa, które zajmowałyby się wyłącznie delegowaniem pracowników do innych państw członkowskich i wykorzystywaniem różnic pomiędzy poszczególnymi systemami ubezpieczenia społecznego. Na aspekt ten zwraca się wyraźnie uwagę w późniejszym orzecznictwie. W wyroku Fitzwilliam (C-202/97, ECR 2000/2/I-00883, LEX nr 82707) ETS stwierdził, że art. 14 ust. 1 rozporządzenia nr 1408/71, w wersji skodyfikowanej rozporządzeniem nr 2001/83, powinien być interpretowany w ten sposób, że w celu skorzystania z przywileju przyznanego przez ten przepis (który, ustanawiając odstępstwo od reguły, zgodnie z którą osoba podlega ustawodawstwu Państwa Członkowskiego, na którego terytorium jest zatrudniona, zezwala przedsiębiorstwu, w którym jest ona zwykle zatrudniona, na utrzymywanie rejestracji tej osoby w systemie zabezpieczenia społecznego Państwa Członkowskiego, na którego terytorium przedsiębiorstwo ma siedzibę) przedsiębiorstwo pracy tymczasowej, które przekazuje czasowo pracowników z jednego Państwa Członkowskiego do dyspozycji przedsiębiorstwom mającym siedzibę w innym Państwie Członkowskim, musi zwykle wykonywać swą działalność w tym pierwszym Państwie. Warunek ten jest spełniony, jeżeli przedsiębiorstwo stale wykonuje znaczącą działalność w Państwie, w którym ma siedzibę.

Z kolei w orzeczeniu w sprawie Plum (C-404/98, ECR 2000/11A/I-09379, LEX nr 83030) wyraźnie podkreślono, że zastosowanie art. 14 ust. 1a rozporządzenia 1408/71 nie dotyczy pracowników przedsiębiorstwa z siedzibą w jednym Państwie Członkowskim, wysyłanych do pracy na terytorium innego Państwa Członkowskiego, w którym, poza czysto wewnętrznymi działaniami zarządzającymi, to przedsiębiorstwo prowadzi całą swoją działalność. Zgodnie bowiem z art. 13 ust. 2 lit. a rozporządzenia nr 1408/71, pracownicy tacy podlegają ustawodawstwu dotyczącemu zabezpieczenia społecznego Państwa



Członkowskiego, na którego terytorium rzeczywiście pracują. Pracownik przedsiębiorstwa, które wyłącznie zajmuje się działalnością polegającą na wysyłaniu pracowników do innych państw, i które w państwie wysyłającym wykonuje wyłącznie czynności administracyjne, podlega zatem ubezpieczeniu społecznemu państwa, w którym pracuje.

Niewątpliwie na powyższe orzecznictwo wpływ miała decyzja nr 181 z dnia 13 grudnia 2000 r. Komisji Administracyjnej do spraw Zabezpieczenia Społecznego. Warto zauważyć, że zgodnie z art. 81a rozporządzenia nr 1408/71 zadaniem Komisji jest rozpatrywanie wszelkich spraw administracyjnych lub dotyczących wykładni, wynikających z przepisów niniejszego rozporządzenia oraz rozporządzeń późniejszych, jak i każdej umowy lub uzgodnień, zawartych w ramach tych rozporządzeń. Powołana 1 stycznia 1959 r. Komisja Administracyjna odgrywa szczególną rolę w prawie unijnym. Mimo że nie należy ona do organów Unii Europejskiej, w szeregu rozporządzeń przekazuje jej się szczególne kompetencje oraz powierza różnorodne zadania, również o charakterze regulacyjnym. Co do związania sądów krajowych decyzjami Komisji Administracyjnej, należy wskazać na art. 81a *in fine* rozporządzenia 1408/71, w którym stwierdza się, że uprawnienia w zakresie wykładni są wykonywane bez uszczerbku dla uprawnień władz, instytucji i osób zainteresowanych do korzystania z procedur i sądownictwa przewidzianych przez ustawodawstwo Państw Członkowskich przez niniejsze rozporządzenie i przez Traktat. Stąd też należy przyjąć, że sądy nie są związane wykładnią proponowaną przez Komisję. Rację ma zatem skarżący, kiedy stwierdza, że decyzja nr 181, a tym bardziej „Praktyczny przewodnik” nie są obowiązującym prawem. Jednakże istnieje konieczność uwzględnienia skutków, jakie wywiera orzecznictwo ETS na orzecznictwo sądów krajowych, na stosowanie i wykładnię prawa unijnego, które ukształtowało określoną wykładnię art. 14 ust. 1a rozporządzenia 1408/7, zgodną z interpretacją wynikającą z decyzji nr 181. Zgodnie z pkt 1 decyzji nr 181 o oddelegowaniu można mówić wówczas, gdy, po pierwsze, praca wykonywana jest na rachunek przedsiębiorstwa oddelegowującego oraz, po drugie, gdy istnieje więź pracownicza. Jeśli chodzi o pierwszą przesłankę, to praca musi być wykonywana dla przedsiębiorstwa oddelegowującego. Przesłankę tę należy z reguły uznać za

spełnioną wówczas, gdy w dalszym ciągu, mimo oddelegowania, istnieje stosunek pracy pomiędzy pracownikiem oddelegowanym a przedsiębiorstwem oddelegowującym. Co się tyczy zaś drugiej z nich, to konieczne jest uwzględnienie okoliczności związanych z odpowiedzialnością z tytułu postępowania kwalifikacyjnego, zawarcia umowy o pracę, ustania stosunku pracy, uprawnienia do składania oświadczeń woli w przedmiocie obowiązków wynikających ze stosunku pracy.

Szczególny przypadek dotyczy sytuacji, w której pracownik został zatrudniony przez pracodawcę wyłącznie w celu oddelegowania do innego przedsiębiorstwa (pkt 3 decyzji nr 181). Wówczas poza istnieniem więzi pracowniczej wymaga się, aby przedsiębiorstwo delegujące „zwykle” prowadziło działalność na terenie państwa, z którego pracownik został oddelegowany. W decyzji nr 181 stwierdza się przy tym, że chodzi o działalność godną odnotowania w kraju delegującym. W tym świetle okoliczność, że A. C. był zatrudniony wyłącznie w celu oddelegowania, nie przesądza, iż nie był on zwykle zatrudniony przez skarżącą w rozumieniu art. 14 ust. 1a rozporządzenia 1408/71 i że nie istnieje więź pracownicza, tak jak, wydaje się, przyjął to Sąd Apelacyjny, wywodząc, że „zainteresowany nie spełnia przymiotu osoby zwykle zatrudnionej u wnioskodawcy”, bowiem ani nie wykonywał on obowiązków pracowniczych na terenie Polski, ani nie było to zamiarem stron. W tym zakresie stanowisko Sądu nie jest trafne.

Pozostaje do rozstrzygnięcia kwestia czy skarżący zwykle prowadził działalność na terytorium państwa wysyłającego (Polski). Zgodnie z decyzją nr 181 należy wziąć pod uwagę miejsce siedziby i administracji przedsiębiorstwa, liczbę osób zatrudnionych w administracji, miejsce zatrudnienia wysyłanych pracowników, miejsce, w którym zawierana jest większość umów o pracę, prawo, któremu podlegają zawierane umowy oraz obrót osiągnięty w każdym państwie członkowskim. Jeżeli zatem przedsiębiorca oddelegowujący, posiadający w określonym państwie członkowskim siedzibę, wykonuje wyłącznie czynności administracyjne (kadry, księgowość), to wówczas pracownik wysłany przez takie przedsiębiorstwo do innego państwa członkowskiego nie może być uznany za pracownika oddelegowanego (pkt 3 lit. c decyzji nr 181). Warunek, według którego przedsiębiorca oddelegowujący „zwykle” (zasadniczo) prowadzi działalność na

terytorium kraju oddelegowującego, nie oznacza, że w kraju oddelegowującym działalność przedsiębiorstwa musi mieć charakter przeważający. Nie chodzi także o kryterium ilościowe, dotyczące osiąganego obrotu. Wymagane jest przede wszystkim faktyczne prowadzenie działalności w kraju oddelegowującym. Warunek ten dotyczy również agencji pracy tymczasowej. Wówczas pracowników agencji traktuje się tak samo, jak innych pracowników oddelegowanych. Decydujące znaczenie ma tu fakt, czy agencja pracy tymczasowej prowadzi swoją zasadniczą działalność w Polsce. Podkreślić należy, że ani w rozporządzeniu 1408/71 ani w decyzji nr 181 nie wskazuje się, jaki powinien być to rodzaj działalności. Rozwiązanie przyjęte w decyzji nr 181, odbiega od analogicznych uregulowań przyjętych w poprzedzających ją decyzjach nr 113, 128 oraz 162. W ich treści wskazywano wyraźnie, że w przypadku zatrudnienia pracowników w celu oddelegowania ich do innego państwa członkowskiego, konieczne było, aby zainteresowane przedsiębiorstwo zwykle prowadziło w państwie wysyłającym działalność, polegającą na oddawaniu personelu do dyspozycji innych przedsiębiorców działających na terytorium państwa wysyłającego. Wobec braku takiego rozwiązania w decyzji nr 181 istnieje podstawa do przyjęcia, że przedmioty działalności (w kraju, z którego się deleguje oraz w państwie docelowym) mogą być różne. Przedsiębiorca oddelegowujący pracowników za granicę, może zatem na terytorium państwa wysyłającego wykonywać zasadniczo inną działalność, aniżeli polegającą tylko na delegowaniu pracowników. W decyzji nr 181 stwierdza się jednak wyraźnie, że przedsiębiorca, który w państwie wysyłającym prowadzi wyłącznie działalność administracyjną nie może skorzystać z art. 14 ust. 1a rozporządzenia 1408/71.

Powyższe wnioski potwierdzają regulacje mające zastosowanie od 1 maja 2010 r. Chodzi tutaj o rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 883/2004 z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz.U.U.E.L.04.166.1 – dalej nazywanego rozporządzeniem nr 883/2004) oraz rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) Nr 987/2009 z dnia 16 września 2009 r. dotyczące wykonywania rozporządzenia (WE) nr 883/2004 w sprawie koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego (Dz.U.U.E.L.09.284.1 – dalej nazywanego rozporządzeniem nr

987/2009). Zgodnie z art. 12 ust. 1 pierwszego z powołanych rozporządzeń osoba, która wykonuje działalność jako pracownik najemny w Państwie Członkowskim w imieniu pracodawcy, który normalnie tam prowadzi swą działalność, a która jest delegowana przez tego pracodawcę do innego Państwa Członkowskiego do wykonywania pracy w imieniu tego pracodawcy, nadal podlega ustawodawstwu pierwszego Państwa Członkowskiego, pod warunkiem że przewidywany czas takiej pracy nie przekracza 24 miesięcy i że osoba ta nie jest wysłana, by zastąpić inną osobę. Możliwość zastosowania wyjątku od zasady *lex loci laboris* został zatem przewidziany wyłącznie w przypadku pracodawcy, który normalnie prowadzi swoją działalność w państwie członkowskim, z którego pracownik jest delegowany. W art. 14 ust. 2 rozporządzenia nr 987/2009 skonkretyzowano, że przedmiotowe sformułowanie odnosi się do pracodawcy zazwyczaj prowadzącego znaczną część działalności, innej niż działalność związana z samym zarządzeniem wewnętrznym, na terytorium państwa członkowskiego, w którym ma swoją siedzibę, z uwzględnieniem wszystkich kryteriów charakteryzujących działalność prowadzoną przez dane przedsiębiorstwo. Odnośne kryteria muszą zostać dopasowane do specyficznych cech każdego pracodawcy i do rzeczywistego charakteru prowadzonej działalności. Przedmiotowe unormowania potwierdzają zatem dotychczasowe rozumienie aktualnie obowiązujących unormowań odnoszących się do omawianego zagadnienia.

Wskazana wyżej wykładnia art. 14 ust. 1a rozporządzenia nr 1408/7, zgodna z interpretacją wynikającą z decyzją nr 181, prowadzi do wniosku, że agencja pracy tymczasowej, która w państwie wysyłającym prowadzi wyłącznie działalność administracyjną, nie może skorzystać z art. 14 ust. 1a rozporządzenia 1408/71. Taki zaś charakter działalności skarżącej na terytorium Polski wynika z ustaleń faktycznych zaskarżonego wyroku, które nie zostały podważone w skardze kasacyjnej.

Mając na uwadze powyższe, Sąd Najwyższy na podstawie art. 398<sup>14</sup> k.p.c. orzekł jak w wyroku.

